Bogotá D.C, Abril 14 de 2020

Honorable Magistrado
Luis Guillermo Guerrero Pérez
Corte Constitucional

Ref: Expediente RE0000242
Control automático de Constitucionalidad del Decreto 464 de 2020 del Ministerio de las Telecomunicaciones "por el cual se disponen medidas con el fin de atender la situación de emergencia económica, social y ecológica de la que trata el Decreto 417 de 2020"

Cordial saludo,

A continuación, los representantes de las organizaciones de la sociedad civil abajo firmantes, presentamos ante su honorable despacho comentarios en torno al contenido del Decreto 464 del 23 de marzo de 2020 expedido por el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones que declaró el servicio de telecomunicación como un servicio público esencial, asumiendo entre otras, medidas que sobre las cuales presentamos nuestras observaciones y que se relacionan con el artículo 2 "prestación del servicio durante el estado de emergencia económica, social y ecológica" y artículo 4 "prioridad en el acceso".

Quedamos a disposición de la honorable Corte Constitucional en caso de que sea preciso ahondar en la naturaleza de los comentarios anexos a esta carta.

Con deferencia suscriben,

____
Carolina Botero
C.C. 52.022.199
Fundación Karisma
Directora
carobotero@karisma.org.co

____
Pedro Vaca Villarreal
C.C.1'032.384.915
Fundación para la Libertad de Prensa
Director
director@flip.org.co

____
Julio Gaitán
C.C. 79.430.028
Centro de Estudios en Internet y Sociedad
Director
julio.gaitan@urosario.edu.co

____
Emmanuel Vargas Penagos
CC. 1'020.727.252
evarpen@gmail.com

***

Comentarios generales

La Corte Constitucional se ha referido en diferentes momentos a la protección de los derechos fundamentales en Internet. Como punto de partida, la Corte ha establecido que:

> "en Internet puede haber una realidad virtual pero ello no significa que los derechos, en dicho contexto, también lo sean. Por el contrario, no son virtuales: se trata de garantías expresas por cuyo goce efectivo en el llamado "ciberespacio" también debe velar el juez constitucional"[1]. En la misma línea, la Corte Constitucional ha indicado que "la libertad de expresión "offline" es la misma "online""[2]

La Corte ha adoptado varios principios desarrollados por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos tratándose del ejercicio de derechos humanos en internet. En virtud de esto, la Corte Constitucional se ha referido a los principios de acceso en condiciones de igualdad y de no discriminación como estrechamente ligados a la neutralidad de la red y que implican la restricción de bloqueos, interferencias o filtraciones, salvo casos especiales: preservar la integridad de la red y prevenir la transmisión de contenidos no deseados por expresa solicitud del usuario y para gestionar temporal y excepcionalmente la congestión de la red.[3]

Complementariamente, la Corte ha dicho que cualquier "afectación de la neutralidad de la red implica a su vez una intromisión con el derecho fundamental a la libertad de expresión e información de todos los usuarios de la red que, por lo tanto, ha de estar sujeta a la prueba tripartita"[4] establecida en la jurisprudencia constitucional e Interamericana, que comprende los siguientes requisitos: legalidad, persecución de un fin legítimo y proporcionalidad y necesidad.

El acceso libre y abierto a fuentes de información, como sucede en Internet, juega un rol esencial en la democracia. Esto es fundamental para que la ciudadanía pueda ejercer control sobre las labores del gobierno y también para el ejercicio de sus derechos. La Corte Constitucional se ha referido a las medidas que amplían el acceso a los medios de comunicación que utilizan el espectro diciendo que son constitucionales *prima facie*[5] y que " la imposición de condiciones técnicas o financieras excesivas, tanto para la transmisión como para la recepción de información y opiniones, constituyen trato discriminatorio en lo que respecta a la libertad de expresión"[6].

En el contexto de los estados de emergencia, la Corte consideró que flexibilizar las normas de acceso a las autorizaciones para crear radios comunitarias era:

> "***una medida necesaria para superar la emergencia e impedir la extensión de sus efectos***. Esto debido a que ***contar con un medio de comunicación de fácil acceso***,

[1] Corte Constitucional, Sentencia C 1147 de 2001. M.P.: Manuel José Cepeda Espinosa.
[2] Ver, entre otras, Corte Constitucional, Sentencia SU 420 de 2019. M.P.: José Fernando Reyes Cuartas.
[3] Corte Constitucional, Sentencia SU 420 de 2019. M.P.: José Fernando Reyes Cuartas.
[4] Corte Constitucional, Sentencia T 277 de 2015. M.P.: María Victoria Calle.
[5] Corte Constitucional, Sentencia C 467 de 2017. M.P.: Gloria Stella Ortiz Delgado.
[6] Corte Constitucional, Sentencia C 467 de 2017. M.P.: Gloria Stella Ortiz Delgado.

centrado en los intereses de la comunidad afectada y específicamente en la difusión de contenidos relacionados con la atención de la emergencia y la recuperación de los daños ocasionados por la misma, es un ***instrumento estrechamente vinculado con los fines de superación de la crisis que dirigen las normas de excepción***"[7]. (subrayas por fuera del texto)

Estos criterios son completamente análogos a Internet, especialmente si se tiene en cuenta que este medio "constituye una herramienta esencial para que las comunidades vulnerables o históricamente discriminadas obtengan información, expongan sus agravios, hagan oír sus voces y participen activamente en el debate público y contribuyan en la construcción de políticas públicas tendientes a revertir su situación".[8]

Los relatores especiales de libertad de expresión de la CIDH, de la ONU, de la OSCE y de la CADHP han resaltado que "Si bien Internet ha ofrecido a miles de millones de personas posibilidades de acceso a la información y a herramientas de comunicación sin precedentes, la mayoría de los ciudadanos en todo el mundo aún no tienen acceso a Internet o sólo tienen un acceso limitado."[9] Adicionalmente, los relatores han dicho que uno de los aspectos más preocupantes es la existencia de "estructuras de precios que imposibilitan el acceso de los sectores pobres a Internet".[10]

Complementariamente, la CIDH ha indicado que las medidas estatales que aseguran que las estructuras de precios para el acceso a Internet sean inclusivas tienen gran importancia.[11] El Consejo Europeo, por su parte, ha dicho que la libertad de expresión en Internet, entendida como el derecho a difundir y recibir información a través de dicho medio, no puede ser restringido con base en tarifas.[12] Esa misma entidad ha considerado que un indicador de la existencia de un marco regulatorio garantista de la libertad de Internet que este sea "disponible, accesible y asequible a todos los grupos de la población sin ninguna discriminación".[13]

En el marco de la pandemia de la COVID-19, los relatores de libertad de expresión de la CIDH, OSCE, y de la CADHP, han resaltado que el acceso a Internet es crítico, pues el acceso a información es vital importancia. En este sentido, además, los Estados tienen que "garantizar el

---

[7] Corte Constitucional, Sentencia C 467 de 2017. M.P.: Gloria Stella Ortiz Delgado.
[8] Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Estándares para una Internet Libre, Abierta e Incluyente, OEA/Ser.L/V/II CIDH/RELE/INF.17/17 15 de marzo 2017. parr 65.
[9] Relator Especial de las Naciones Unidas (ONU) para la Libertad de Opinión y de Expresión, Representante de la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa (OSCE) para la Libertad de los Medios de Comunicación, Relatora Especial de la Organización de Estados Americanos (OEA) para la Libertad de Expresión y la Relatora Especial sobre Libertad de Expresión y Acceso a la Información de la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (CADHP), Declaración Conjunta del Décimo Aniversario: Diez Desafíos Claves Para la Libertad de Expresión en La Próxima Década. Disponible en: http://www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?artID=784&lID=2.
[10] Ibid.
[11] Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Libertad de Expresión e Internet, OEA/Ser.L/V/II. CIDH/RELE/INF. 11/13 31 diciembre 2013. párr 16.
[12] Consejo Europeo, Recommendation CM/Rec(2016)1 of the Committee of Ministers to member States on protecting and promoting the right to freedom of expression and the right to private life with regard to network neutrality.
[13] Consejo Europeo, Recommendation CM/Rec(2016)5[1] of the Committee of Ministers to member States on Internet freedom.

acceso inmediato al servicio de Internet más rápido y amplio posible"[14]. Complementariamente, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos emitió una resolución sobre la garantía de los derechos humanos durante la pandemia, en la que incluyó como recomendación que los Estados el garantizar "el acceso más amplio e inmediato al servicio de Internet a toda la población y desarrollar medidas positivas para reducir de manera rápida la brecha digital que enfrentan los grupos vulnerables y con menores ingresos"[15].

***

Comentarios específicos

1. **Sobre la constitucionalidad del artículo 2 "prestación del servicio durante el estado de emergencia económica, social y ecológica"**

El artículo en cuestión introduce deberes a cargo de los proveedores del servicio público de telecomunicaciones (PRST) para facilitar a las personas usuarias del servicio de telefonía móvil el acceso a servicios de navegación en datos y voz durante el período de vigencia del estado de la emergencia económica, social y ecológica.

Este artículo introduce una distinción entre los beneficiarios de las medidas que introduce el artículo, por una parte las personas usuarias en modalidad pospago, y las personas usuarias en modalidad prepago. Entiéndase como usuarios en modalidad pospago a los usuarios de internet móvil que *acceden por suscripción* que "corresponde al acceso a internet móvil a través de la contratación de un plan con un cargo fijo que se paga de forma periódica"[16]; y como usuarios en modalidad prepago a quienes *acceden por demanda* que "corresponde al acceso a internet móvil sin que medie la contratación de un plan para tal fin".

A las personas usuarias en modalidad pospago o que acceden por suscripción a internet se les otorgará, entre otros:

- El disfrute de una capacidad de navegación de cero coma cinco (0,5) Gigabyte (GB) al mes durante el período de no pago (art. 2, num.1, lit. a)
- El envío de hasta doscientos (200) mensajes de texto (SMS) gratis y la recepción de estos sin ninguna restricción (art. 2, num. 1, lit. b). La navegación gratuita en veinte (20) direcciones de internet (URL), que serán definidas por el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (art. 2, num. 1, lit. b) (el listado de URL´s ya se encuentra regulado a través de la Resolución 639 del 1 de abril de 2020 del MinTIC)

[14] Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión, Representante de la OSCE para la Libertad de los Medios de Comunicación y, Relator Especial de la CIDH para la Libertad de Expresión, COVID-19: Los gobiernos deben promover y proteger el acceso y la libre circulación de la información durante la pandemia - Expertos internacionales. Disponible en: http://www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?artID=1170&lID=2.
[15] Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Resolución 1-20, "Pandemia y Derechos Humanos", disponible en: https://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2020/073.asp
[16] Comisión de Regulación de las Comunicaciones, Resolución 5050 de 2016, Capítulo 2 "Reportes de información TIC", disponible en https://www.crcom.gov.co/resoluciones/Compilada_2016_11_11.pdf

A las personas usuarias en modalidad prepago o que acceden a internet bajo demanda en cambio, se les otorgó como beneficios nada más lo siguiente:

- El envío de hasta doscientos (200) mensajes de texto (SMS) y la recepción de éstos sin ninguna restricción (art. 2, num. 2, lit. a)

No se entiende, de la lectura de la exposición de motivos del Decreto 464 de 2020, ni del contenido del artículo en cuestión, la razón de la distinción entre los beneficios que se conceden a personas usuarias del servicio de telefonía móvil que acceden a internet móvil bajo la modalidad por suscripción y por demanda, subsistiendo preguntas como ¿en qué criterios técnicos se orienta la discriminación de acceso y disfrute de beneficios a mensajería móvil (SMS), gigas de navegación web (GB) y navegación sin costo en URL´s de páginas web?, ¿qué criterios en derechos humanos fundamentan la discriminación razonable, objetiva y proporcionada que introduce el artículo 2 del Decreto 464 y que beneficia en mayor medida a usuarios de telefonía móvil en modalidad pospago y deja en clara desventaja en materia de acceso a los usuarios de telefonía móvil en modalidad prepago?

En la exposición de motivos del Decreto 464 se expresa que:

> "según las cifras del Boletín TIC del Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, con corte al tercer trimestre de 2019, ***en el país había 12.412.834 abonados al servicio de internet móvil por suscripción y 13.854.011 abonados al servicio de voz móvil por suscripción, esto es, usuarios en la modalidad pospago*** que, podrían ver afectada su capacidad de pago por las restricciones en la disponibilidad de flujo de caja y el comportamiento en la tasa de cambio, como se expresa en la parte motiva del Decreto 417 de 2020. ***En consecuencia, para garantizar que la población acceda de manera permanente a los servicios de telecomunicaciones y postales,*** para asegurar su oportuna atención así como el ejercicio de sus derechos durante la emergencia, se deben adoptar medidas para que el servicio no sea suspendido por razones patrimoniales como la falta de pago o la mora en el pago del servicio, durante la emergencia." (Subrayado propio)

Complementariamente, se observa que la exposición de motivos del decreto omite relacionar las cifras de abonados prepago o personas que acceden a internet móvil bajo demanda (solo relaciona usuarios con acceso por suscripción a servicios de internet móvil y servicio de voz móvil), nuevamente, sin información precisa que justifique la toma de decisiones ¿cómo justificar ante los administrados medidas que operativizan en el fondo una discriminación injustificada que privilegia para un grupo de usuarios el acceso y disfrute a internet y con ello, el acceso a la información y otros derechos fundamentales siendo que lo niega para otros?

De acuerdo con el mismo boletín trimestral de las TIC que cita el decreto 464, "Al término del tercer trimestre de 2019, el número de líneas de telefonía móvil en la modalidad de prepago alcanzó los 51,3 millones, mientras que las líneas en pospago alcanzaron los 13,9 millones".[17] Esto significa que la cantidad de abonados prepago es de casi cuatro veces de los abonados a postpago. Adicionalmente, el decreto omite las cifras de accesos móviles a Internet por demanda,

[17] MinTIC, Boletín Trimestral de las TIC, cifras del tercer semestre de 2019, 2020. Disponible en: https://colombiatic.mintic.gov.co/679/articles-125648_archivo_pdf.pdf.

que según ese mismo boletín son 16,5 millones, dos más que en el año anterior y casi tres más que los que tienen acceso por suscripción.[18]

En otras palabras, lo que estas cifras sugieren es que el consumo de internet móvil es considerablemente superior bajo la modalidad de acceso por demanda en comparación con el acceso por suscripción, por tanto ¿no es esta una realidad que debió motivar al Ministerio de las TIC a la toma de medidas que privilegiaran a este grupo de usuarios tratándose de la redacción del artículo 2 del decreto 464?

El artículo 2 del Decreto 464, al establecer la diferencia injustificada en el acceso gratuito a 20 URL's de sitios web que beneficia en exclusivo a usuarios de internet móvil en modalidad pospago, no consideró las necesidades de conexión a internet móvil que se presentan en la ruralidad. En centros poblados y rurales dispersos, según el Departamento Nacional de Estadística DANE en su Boletín técnico "Indicadores básicos de tenencia y uso de tecnologías de la información y comunicación - TIC en hogares y personas de 5 y más años de edad"[19] de 2018 se sabe que:

a. El acceso a internet a través de un teléfono móvil, es la vía principal de conexión a la red con la que cuentan las personas, con un 72,9% seguido por el computador de escritorio y computador portátil, con 36,5% y 19,1% respectivamente (pg. 23)
b. Sólo el 16,2% de centros poblados y rurales dispersos tienen conexión a internet y de esos el 13,2% de conexiones en total se efectúa a través de internet móvil (pg.8)

Sin considerar las necesidades de conexión a internet móvil que enfrenta en particular la población rural, sin explicar la razón de la distinción en el acceso a la información cuyos titulares son, sin distinción constitucional o normativa, tanto las personas usuarias del servicio de internet móvil en modalidad prepago como pospago, el artículo 2 termina por excluir a un grupo nada de despreciable de 51,3 millones de líneas de telefonía móvil (según las cifras del boletín trimestral TIC de 2019) para acceder al beneficio de navegación gratuita y sin costo al listado de 20 URLs al que refiere dicha norma.

Sobre el particular se deben observar las siguientes premisas:

a. Las personas usuarias del servicio de telefonía móvil pospago que reportan demora en el pago de su factura por servicios de voz y datos, se encuentran, frente a los usuarios de telefonía móvil prepago, en un plano de condiciones jurídicamente análogo, debe poder presumirse que ambos grupos de usuarios enfrentan a un mismo tiempo "restricciones en la disponibilidad de flujo de caja", por lo que no es dable tratar de manera distinta a quienes son iguales frente a una misma situación jurídica, lo contrario supone un discriminar de manera negativa e injustificada.
b. El Decreto 464 de 2020 no satisfizo una argumentación constitucionalmente válida que permita entender por qué es razonable y objetivo que, a dos grupos de usuarios que

[18] Ibid.
[19] DANE, 2018, "Indicadores básicos de tenencia y uso de tecnologías de la información y comunicación - TIC en hogares y personas de 5 y más años de edad", disponible en: https://docplayer.es/6851007-Indicadores-basicos-de-tenencia-y-uso-de-tecnologias-de-la-informacion-y-comunicacion-en-hogares-y-personas-de-5-y-mas-anos-de-edad.html

> enfrentan una misma situación jurídica (imposibilidad de navegación móvil por falta de condiciones de pago), se les deba conferir un trato distinto tratándose del ejercicio de derechos de los que usuarios pospago y prepago son titulares en razón, no de su capacidad de pago, sino de su calidad de titulares de los derechos fundamentales a la información, educación, cultura y salud en el marco de la crisis sanitaria, social y económica producto de la actual pandemia con ocasión de la COVID-19.

Esta discriminación negativa y no proporcionada se reitera en la recientemente expedida resolución del MinTIC n. 000639 del 1 de abril de 2020[20], por medio de la cual se facilita el acceso a veinte direcciones de internet para navegación gratuita a "usuarios con planes de telefonía móvil (voz y datos) en la modalidad pospago cuyo valor no exceda de dos (2) UVT" y agrega "la navegación gratuita a la que se refiere el presente artículo en el acceso al dominio, subdominio y páginas adyacentes de cada una de las veinte (20) direcciones de internet URL". Entre el listado[21] de URL´s de acceso gratuito se incluye la posibilidad de navegar en el sitio web de la Fundación Red Papás, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, el Instituto Nacional de Salud, el Ministerio de Salud, el Ministerio de las Tecnologías de la Información, el Ministerio de Trabajo, la Policía Nacional, la Presidencia de la República, Sena Virtual, RTVC, la Superintendencia de Industria y Comercio, Ministerio de Cultura, Ministerio del Interior, Ministerio de Educación, entre otras.

Solicitamos a la Corte Constitucional se sirva condicionar la constitucionalidad del texto del artículo 2 del Decreto 464 de 2020 en el entendido en que, las medidas a cargo de los PRST que conceden cero coma cinco (0,5) gigas de navegación gratuita y acceso gratuito a la navegación de 20 URL´s, se extienda a personas usuarias del servicio de telefonía móvil en modalidad pospago y personas usuarias del servicio de telefonía móvil en modalidad prepago por el período de vigencia de la declaratoria de emergencia de social, económica y ecológica de la que trata el Decreto 417 de 2020.

2. Sobre la constitucionalidad del artículo 4 "prioridad en el acceso"

2.1 Sobre las limitaciones legítimas al principio de neutralidad de la red

Este artículo autoriza una eventual suspensión temporal del principio de neutralidad de la red. Un principio que, según estándares interamericanos desarrollados por la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión (RELE) de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, es:

> "condición necesaria para ejercer la libertad de expresión en internet en los términos del artículo 13 de la Convención Americana" y que persigue que "la libertad de acceso y elección de los usuarios de utilizar, enviar, recibir u ofrecer cualquier contenido, aplicación

[20] Resolución 630 de 2020 "por el cual se define el listado de veinte (20) direcciones de internet (URL) de navegación gratuita por parte de usuarios de telefonía móvil en la modalidad pospago, de que trata el literal (b) del numeral 1 del artículo 2 del Decreto 4646 de 2020", disponible en: https://www.mintic.gov.co/portal/604/articles-126471_res_639.pdf

[21] https://www.mintic.gov.co/portal/604/articles-126471_Listado_url.pdf

o servicio legal por medio de Internet no esté condicionada, direccionada o restringida, por medio de bloqueo, filtración, o interferencia”[22]

El principio de neutralidad puede, como lo ha advertido la propia RELE, estar sometida a excepciones en eventos en que sea:

> “estrictamente necesario y proporcional para preservar la integridad y seguridad de la red; para prevenir la transmisión de contenidos no deseados por expresa solicitud -libre y no incentivada- del usuario; ***y para gestionar temporal y excepcionalmente la congestión de la red. En este último caso, las medidas empleadas no deben discriminar entre tipos de aplicaciones o servicios***.”[23] (Subrayado propio)

El Reglamento de acceso a Internet abierta, que establece las normas aplicables a la neutralidad de la red en la Unión Europea, desarrolla reglas específicas para la gestión en casos de congestión temporal o excepcional. El primero se entiende como “una situación específica de corta duración en la que un incremento súbito del número de usuarios, además de los usuarios habituales, o un incremento súbito de la demanda de un contenido específico, aplicación o servicio, pueda superar la capacidad de transmisión de ciertos elementos de la red y mermar la capacidad de reacción de las demás partes de la red”; mientras que el segundo implica “una situación imprevisible e inevitable de congestión, tanto en las redes móviles como en las fijas” dentro de las que se puede incluir “cambios inesperados en el encaminamiento del tráfico o grandes aumentos del tráfico en la red debidos a situaciones de emergencia o de otro tipo ajenas al control del proveedor de servicios de acceso a internet”. De acuerdo a tal reglamento, ninguna de estas circunstancias permite medidas encaminadas a impedir o evitar la congestión que terminen en la posibilidad de que los proveedores eludan la prohibición general de “bloquear, ralentizar, alterar restringir, interferir o degradar contenidos, aplicaciones o servicios específicos, o categorías específicas de estos, ni de establecer discriminaciones entre ellos”.[24]

Si bien la limitación temporal del principio de neutralidad de la red para procurar la gestión del tráfico en casos excepcionales de congestión es una causal válida según la RELE para intervenir este principio, dicho organismo advierte que debe en todo caso observarse el principio de transparencia en la toma de medidas por parte de las entidades o autoridades del Estado y los intermediarios de internet para asegurar que las acciones asumidas para la gestión del tráfico o la información, y cualquier información relevante sobre tales prácticas, sea puesta en conocimiento

---

[22] Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, informe “Estándares para una internet libre, abierta e incluyente”, OEA/Ser.L/V/II, CIDH/RELE, INF.17/17, del 15 de marzo de 2017, prr 11, pg. 14

[23] Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, informe “Estándares para una internet libre, abierta e incluyente”, OEA/Ser.L/V/II, CIDH/RELE, INF.17/17, del 15 de marzo de 2017, prr 25, pg. 18

[24] REGLAMENTO (UE) 2015/2120 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 25 de noviembre de 2015 por el que se establecen medidas en relación con el acceso a una internet abierta y se modifica la Directiva 2002/22/CE relativa al servicio universal y los derechos de los usuarios en relación con las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas y el Reglamento (UE) no 531/2012 relativo a la itinerancia en las redes públicas de comunicaciones móviles en la Unión.

del público en un "formato que resulte accesible para todos los interesados"[25] a lo que habría que agregar además, la necesidad de integrar un modelo de múltiples partes interesadas[26] en el proceso de evaluación de las medidas asumidas bajo esos contextos de excepcionalidad. Sobre esto último, recordamos la necesidad de tener en cuenta el llamado de atención efectuado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en su Resolución n. 01 de 2020 sobre "Pandemia y Derechos Humanos en Las Américas" en la que llama la atención a los Estados a:

> "***Instrumentar espacios oportunos de participación social para la evaluación de los impactos y resultados de las medidas adoptadas,*** que permitan gestionar los ajustes necesarios desde un enfoque de derechos humanos. Asimismo, establecer espacios de diálogo nacionales ***con participación de personas expertas independientes, las instituciones nacionales de derechos humanos y el sector privado.***"[27] (Subrayado propio)

2.2 Los defectos sustantivos del artículo 4 que prevé la limitación del principio de neutralidad de la red

El Decreto 464 de 2020 advierte en la exposición de motivos sobre la naturaleza excepcional que motiva a la limitación del principio de neutralidad de la red de que trata el artículo 4 de esa normativa que:

> "la Directiva Presidencial 002 de 2020, la Circular 21 de 2020 del Ministerio del Trabajo, el Acuerdo PCSJA20-11518 del Consejo Superior de la Judicatura, así como los actos administrativos expedidas (sic) por cada entidad, de manera particular, imparten lineamientos para promover e intensificar el trabajo desde la casa, con el fin de fortalecer las medidas de distanciamiento social y aislamiento, condición fundamental para la contención y mitigación de la pandemia del COVID-19. Esto ha sido reforzado con medidas del orden territorial para restringir la movilidad, que faciliten el aislamiento. ***Lo anterior se reflejará en el incremento del trabajo desde los hogares, aunado al aumento de clases virtuales, genera cambios en el tráfico que cursa sobre las redes, así como mayores demandas del servicio***." (Subrayado propio)

Sin embargo, de la lectura de la motivación que antecede, se echa en falta:

a. Una evaluación sobre la infraestructura de internet en el país que responda a cuál es la capacidad de penetración actual de internet, en qué zonas del país todavía el acceso a

---

[25] Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, informe "Estándares para una internet libre, abierta e incluyente", OEA/Ser.L/V/II, CIDH/RELE, INF.17/17, del 15 de marzo de 2017, pp. 28, pg. 19

[26] La Comisión Interamericana de Derechos Humanos adoptó el pasado 10 de abril la Resolución n. 01 de 2020 "Pandemia y Derechos Humanos en Las Américas", destacó entre otros "la importancia de contar con el apoyo, la participación y cooperación de personas y grupos de la sociedad civil como las organizaciones no gubernamentales y las organizaciones de base comunitaria, y del sector privado, para que los esfuerzos de los Estados en el ámbito de las acciones de prevención, contención y tratamiento de la pandemia sean eficaces y oportunas", pg. 7, disponible en: https://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2020/073.asp

[27] Ibid.

internet es limitado o nulo, cuál es la capacidad de la red en eventos de variación en la demanda.

b. Un diagnóstico sobre el estado del tráfico de internet a nivel nacional que permita entender la motivación bajo la cual se orienta el sentido del artículo 4 del Decreto 464 de 2020 pues éste, según se lee de la cita anterior, se basa únicamente en la relación meramente correlacionada entre las medidas de aislamiento y distanciamiento social y el presunto aumento del tráfico que podría derivar en el “colapso” de internet sin que existan cifras que permitan comparar consumos para entender, una vez más, qué panorama motiva la existencia del artículo 4 en cuestión.

La existencia de estado de emergencia que se extiende a nivel nacional (declarado a través del Decreto 417 de 2020) no es razón suficiente para que, de manera automática, se entienda que se está frente a un estado excepcional de internet que deba, sin un previo diagnóstico y datos suficientes, motivar eventualmente a la toma de medidas para la gestión del tráfico de la red en los términos descritos en la Resolución n. 5951 de la CRC. Tampoco existen razones suficientes para inferir que por la existencia de un estado de emergencia, deba suspenderse de manera laxa y automática las obligaciones de prestación de un servicio de calidad en la provisión de datos móviles, tal y como lo consagró la reciente Resolución n. 5952 de la CRC en desarrollo del artículo 2 y 6 del decreto 464 de 2020, al respecto no queda claro en la lectura del decreto en cuestión cómo el aumento en la demanda de internet obliga a sacrificar el deber de calidad del servicio.

2.3 Preocupaciones sobre los vacíos del artículo 4 que han impactado en el desarrollo normativo posterior

Adicionalmente, preocupa que el Decreto 464 de 2020 en su artículo 4 no introduzca ningún mecanismo de control ciudadano para la evaluación de las medidas de gestión del tráfico, como tampoco integra un deber activo de transparencia a cargo de los intermediarios de internet facultados, según el texto de la Resolución n. 5951 a gestionar el tráfico de internet en el marco de la emergencia social, económica y ecológica por causa de la COVID-19. En este aspecto, se resalta lo dicho por el Consejo Europeo, que ha indicado que la garantía de los derechos ciudadanos en Internet implica que los prestadores de servicios de Internet deb información clara, completa y pública sobre cualquier gestión del tráfico que tenga efectos sobre los derechos de los usuarios. Adicionalmente, el Consejo Europeo ha indicado que las autoridades competentes dentro de cada Estado deberían monitorear y generar reportes sobre este asunto de forma transparente y abierta. [28]

A la fecha, solo un reporte[29] ha sido generado por la Comisión de Regulación de las Comunicaciones sobre el tráfico de internet en cumplimiento de la Resolución n. 5951 de 2020 que desarrolla el artículo 4 del Decreto 464. Este informe reporta los datos suministrados por los

---

[28] Consejo Europeo, Recommendation CM/Rec(2016)1 of the Committee of Ministers to member States on protecting and promoting the right to freedom of expression and the right to private life with regard to network neutrality.

[29] Ver sobre el particular: https://www.crcom.gov.co/es/noticia/primer-reporte-de-tr-fico-de-internet-durante-el-aislamiento-preventivo y https://www.postdata.gov.co/landing/index

operadores como instrumento que permitirá evaluar, si y cuándo, los operadores determinen que hay necesidad de usar la facultad de suspender el principio de neutralidad de la red que se les ha otorgado en función de la emergencia. El informe preocupa por lo menos porque:

a. La información no puede considerarse que es de real acceso abierto y público. Para poder acceder a la información las personas deben registrarse y crear una cuenta en el portal generando una barrera innecesaria. Además no se permite la descarga de la mayoría de los datos permitiendo tan solo ver visualizaciones o el reporte, de hecho en los términos de uso de la plataforma se le advierte a las personas que los datos solo pueden usarse por quien los consulta y no puede compartirlos, algo que profundizaremos más adelante. Nada más lejano entonces a una política de acceso público a la información, mucho menos de acceso a datos abiertos que permita acciones de seguimiento y control ciudadano.
b. Aunque la resolución obliga a los operadores a entregar información tres veces a la semana, han pasado casi veinte días y tan solo se ha publicado un informe. La plataforma no ofrece información sobre la periodicidad en que se harán los reportes y sin actualizaciones frecuentes no será posible medir el comportamiento del tráfico a través de comparativos. Es importante que se diga cada cuánto se actualizará la información y no parece que haya excusa para que no sea con la misma frecuencia en que es entregada por los operadores..
c. No hay granularidad en los reportes de tráfico de la red, se describe el tráfico mensual de la red pero no se desagrega la información por horas pico, horas valle, tráfico en días laborales, no laborales y otros. Sin esta información será muy difícil evaluar las justificaciones que se presenten cuando los operadores usen la facultad de suspensión de neutralidad.
d. Como ya fue mencionado la plataforma que usa la CRC para publicar la información sobre el tráfico de la red obliga a las personas usuarias a aceptar términos y condiciones sobre el uso de la información que limitan sin motivo ni justificación la oportunidad de reutilizar la información para fines distintos del uso personal.

El artículo 4 parágrafo segundo señala que:

> “los proveedores de redes y servicios de telecomunicaciones, que prestan servicios de conexión a Internet podrán, con sujeción a las necesidades que se generen por aumentos del tráfico que cursa sobre las redes y las mayores demandas del servicio, ***priorizar el acceso del usuario a contenidos o aplicaciones relacionados con los servicios de salud, las páginas gubernamentales y del sector público, el desarrollo de actividades laborales, de educación y el ejercicio de derechos fundamentales, únicamente durante la ocurrencia de pandemias declaradas por la Organización Mundial de la Salud***” (Subrayado propio)

Creemos que la literalidad de este parágrafo debe limitarse en el entendido que:

a. Dicho parágrafo introduce una limitación permanente al principio de neutralidad de la red en el marco del estado de emergencia que declaró el Decreto 417 de 2020, es decir, debe limitarse a la crisis actual ya que, una medida que condicione la neutralidad de la red

"durante la ocurrencia de pandemias declaradas por la Organización Mundial de la Salud" debe discutirse en un foro democrático como es el Congreso de la República y expedirse bajo condiciones normales a través de un texto legislativo que desarrolle las limitaciones legales del artículo 56 de la Ley 1450 de 2011, puesto que se trata, en últimas, de una limitación fundamental de internet que impacta en el ejercicio de derechos humanos en línea.

b. La CRC debe asegurarse de proporcionar la información que le reportan los operadores en una plataforma a la que cualquier persona pueda acceder, periódicamente -con la misma periodicidad con que los operadores entregan la información-, los datos deben ser efectivamente abiertos disponibles para descarga, en formatos abiertos y para ser utilizados por quienes los descarga. Entregar datos abiertos es una condición necesaria y esencial para hacer seguimiento al tráfico de internet durante la pandemia.
c. La gestión del tráfico de la red no podrá discriminar por usos.

Sobre esto último, invitamos a la Corte Constitucional a cuestionar el modelo de gestión del tráfico de que trata el artículo 4 que sostiene que usos en educación y trabajo deberán priorizarse ¿qué hay de los usos recreativos de internet en períodos de aislamiento y distanciamiento social que contribuyen a la salud mental, por ejemplo?, ¿cómo se distinguirá si un uso es educativo cuando, por ejemplo, en plataformas como Youtube se ofrece acceso a contenidos recreativo pero también de carácter educacional?[30]

En este sentido, se resalta lo dicho por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, que ha recomendado a los Estados el "Considerar en la implementación de medidas de contingencia el balance que debe existir entre la protección ante el COVID-19 y la necesidad particular de las personas mayores de conexión con sus familiares, para quienes se encuentran solos o en residencias de largo plazo, facilitando medios alternativos de contacto familiar como comunicación telefónica o por internet, teniendo en cuenta la necesidad de remediar la brecha digital".[31]

Solicitamos a la Corte Constitucional que se sirva declarar la constitucionalidad condicionada del artículo 4 del Decreto 464 de 2020 en el entendido en que:

a. La autoridad de las telecomunicaciones (CRC) debe efectuar un diagnóstico sobre el tráfico de la red para orientar con base en información real y actualizada, la toma de decisiones en política pública que posibile la gestión del tráfico.
b. Debe entenderse que toda acción de gestión del tráfico asumida directamente por los intermediarios de internet (facultad que les concede la Resolución n. 5951) deberá ser desarrollada en respeto del principio de transparencia y publicidad de la información, para lo cual deberá publicarse en formato accesible al público y en formato de datos abiertos los reportes de los que trata el artículo 4 en su parágrafo 2 y que la CRC deberá

[30] Ver sobre el particular la Columna "Neutralidad de la red y otros lujos en el mundo antes del COVID-19", Carolina Botero, El Espectador, https://www.elespectador.com/coronavirus/neutralidad-de-red-y-otros-lujos-en-el-mundo-de-antes-del-covid-19-articulo-912463

[31] Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Resolución 1-20, "Pandemia y Derechos Humanos en Las Américas", disponible en: https://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2020/073.asp

vigilar la entrega en tiempo y forma la información de la que trata el artículo 4 del decreto 464 de 2020.

c. Se condicione la constitucionalidad del artículo 4 a la existencia de mecanismos de evaluación que le permita a las personas interesadas participar, observar, comentar y hacer seguimiento sobre las acciones de gestión de la red durante el período de tiempo que dure la emergencia social, económica y ecológica de la que trata el Decreto 417 de 2020
d. Que la gestión del tráfico de la red no acuda al criterio de distinción por uso para priorizar el acceso a internet.

Por último, invitamos a la Corte a reiterar la necesidad de que los desarrollos normativos que tengan lugar a propósito de la expedición de Decretos legislativos como el n. 464 de 2020, respeten el marco regulatorio vigente en materia de acceso a la información, datos abiertos, accesibilidad y participación ciudadana que contribuyen al fortalecimiento de los procesos democráticos cuya relevancia no se suspende ni condiciona a la vigencia de estados de emergencia social, económica y ecológica como el que vivimos en la actualidad en el país.

****

Fin